Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

schen oder deutschen Systems allerdings aus Meinungsverschiedenheit herrschen könne, daß es aber nur darauf ankomme, ob der größte Theil des Landes einen seit Jahrhunderten erprobten und bewährten Grundsatz aufgeben soll, um dafür den entgegengesetzten Grundsatz von zweifelhafter Vorzüglichkeit anzunehmen, blos weil er in einer einzelnen Provinz lieb gewonnen wurde.

Es ist nun Pflicht, näher zu untersuchen, wie weit jene Einwendungen gegen das französische Verfahren gegründet sind und welche Verbesserungen eben dies Vorverfahren unter Anwälden fähig ist.

(Fortsetzung im nächsten Heft.)

---

# XII.

## Ueber das Prinzip des SC. Velleianum.

Von

Herrn **Dr. B. Windscheid,**

ord. Professor in Basel.

### I. Ausgang der Untersuchung und vorläufige Feststellung.

1) Welches ist das Prinzip des SC. Velleianum?

Mit anderen Worten: welches sind die charakteristischen Merkmale derjenigen Rechtsgeschäfte, auf welche sich seine Bestimmung bezieht? Welche Eigenschaften haben dem Senat gewisse Rechtsgeschäfte so gefährlich erscheinen lassen, daß er Frauen die Befugniß geben zu müssen geglaubt hat, ihre Erfüllung zu verweigern?

Das SC. Velleianum selbst hat sich über das Prinzip seiner Verfügung nur in sehr unvollkommener Weise ausgesprochen. „Cum eas (feminas) virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum“, heißt es in demselben [1]). Ebensowenig hat es eine er-

1) L. 2. §. 1. D. ad SC. Velleianum.

schöpfende Aufzählung der einzelnen, für Frauen unverbindlichen Rechtsgeschäfte gegeben; es nennt nur zwei, die Verbürgung und die Uebernahme der Verpflichtung, ein Darlehn zurückzugeben, welches in der That einem Anderen zu Gute kömmt.

Was die Theorie der römischen Juristen angeht, so sind dieselben zwar einig darüber, daß die Bestimmung des SC. sich auch über diese beiden Fälle hinaus erstrecke; aber ein genügendes Prinzip, aus welchem die einzelnen, unter dieselbe gehörigen Rechtsgeschäfte erkannt werden könnten, scheinen auch sie nicht an die Hand zu geben. Denn wenn sie auch an die Spitze ihrer Darstellung den Satz stellen, daß der Frau dann geholfen werde, „si alienam obligationem suscepit“ [2]), so sind sie doch ganz und gar nicht der Ansicht, daß jede Uebernahme einer fremden Obligation den Schutz des Senates verdiene, und es zeigt sich bald, daß wenigstens einige der Ausnahmen, durch welche sie in dieser Weise die von ihnen aufgestellte Regel beschränken, nicht die Natur eigentlicher Ausnahmen haben, d. h. nicht auf Gründen, welche der Bestimmung des Senates fremd sind, beruhen, sondern vielmehr auf eine höhere Regel hinweisen, welche, die Intention des Senates vollkommen erschöpfend, auch diese scheinbaren Ausnahmen zu Aeußerungen habe. Dieses Verhältniß tritt auch in dem Sprachgebrauche der römischen Juristen deutlich genug hervor. Denn, davon ausgehend, daß es die „intercessio“ sei, welche der Senat für unverbindlich für Frauen erklärt habe, nennen sie bald jede Uebernahme einer fremden Obligation intercessio, bald versagen sie diesen Namen derjenigen, welche unter die Bestimmung des SC. nicht fällt.

Welches ist denn der Begriff dieser intercessio im engeren Sinne? Welches ist jene höhere Regel, welches die wahre Intention des Senates?

Ich halte mich für berechtigt, eine erneute Untersuchung,

---

2) L. 2. §. 5., 8. §. 1., 19. pr. D., l. 1. 4. 16. 18. c. h. t.

welche ich dieser Frage gewidmet habe, im Folgenden mitzutheilen, da sie mich zu einem Resultate geführt hat, welches mit der herrschenden Theorie nicht übereinstimmt. Vertreten freilich muß dieses Resultat sich selbst.

2) Um für die Untersuchung, welche hier angestellt werden soll, sogleich einen sicheren Boden zu gewinnen, will ich von den beiden im SC. selbst genannten Rechtsgeschäften ausgehen, und fragen, welche von den Eigenschaften derselben den Senat zu seiner Verfügung bewogen haben mögen.

Der Senat spricht zuerst von der Bürgschaft. Wir dürfen annehmen, daß er den regelmäßigen Fall der Bürgschaft im Auge gehabt habe. Regelmäßig aber wird sie im Interesse eines Andern übernommen, um Jemanden zu bewegen, sich zum Gläubiger desselben zu machen, wo er ohne die Bürgschaft dessen Gläubiger nicht werden will. Wir dürfen noch weiter gehen und annehmen, der Senat habe noch spezieller an den Fall gedacht, wo Jemand durch die Bürgschaft bewogen werden soll, einem Andern ein Darlehn zu geben. Darauf weist das zweite Rechtsgeschäft hin, welches der Senat in Verbindung mit der Verbürgung nennt, die „mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae.“ Es wird Jemand um ein Darlehn angegangen, er verweigert es, weil er der Zahlungsfähigkeit des Bittenden nicht vertraut; nun tritt die Frau dazwischen und bestimmt ihn zur Gewährung des Anliegens entweder dadurch, daß sie sich für die Rückzahlung des Geldes verbürgt, oder dadurch, daß sie selbst als Schuldnerin desselben sich hinstellt. Das ist offenbar der Fall, welchen der Senat bei seiner Bestimmung unmittelbar und zunächst vor Augen gehabt hat.

An demselben tritt nun als charakteristisches Merkmal zuerst das hervor, daß die Frau sich nur verpflichtet, nicht Eigenthum oder ein sonstiges Recht aufgibt. Und dieser Umstand gehört allerdings zu denjenigen, welche den Senat zu seiner Bestimmung bewogen haben. Es ist bekannt, wie in den Quellen ausdrücklich hervorgehoben wird, daß er

der Frau gegen Handlungen, wodurch sie ihr Vermögen unmittelbar vermindert, Schutz nicht habe gewähren wollen [3]).

Ferner handelt die Frau in demselben nicht in eigenem, sondern in fremdem Interesse, und auch darauf machen uns die römischen Juristen aufmerksam, daß der Schutz des SC. sich auf diejenige nicht erstrecke, die „suum negotium gessit", „pro suo negotio, pro sua causa, in rem suam" sich verpflichtet hat [4]).

Sollen wir aber nun bei diesen Momenten stehen bleiben, und demnach jede von der Frau in fremdem Interesse übernommene Verbindlichkeit der Verfügung des Senates unterwerfen? Offenbar dürfen wir das nicht; denn das Schenkungsversprechen, durch welches doch gewiß eine Verpflichtung in fremdem Interesse übernommen wird, ist für die Frau vollkommen verbindlich.

Aber es unterscheidet sich auch das Schenkungsversprechen von der Verbürgung und der Uebernahme einer fremden Darlehnsschuld wesentlich. Wer donandi animo verspricht, will im Verfolge dieses Versprechens sein Vermögen auch vermindern, der Bürge aber und der eine fremde Darlehnsschuld Uebernehmende wollen das ganz und gar nicht.

Jedoch auch die Regel dürfen wir nicht aufstellen: das SC. bezieht sich auf alle Fälle, in denen die Frau sich in fremdem Interesse verpflichtet hat, ohne dadurch ihr Vermögen vermindern zu wollen. Denn gilt nicht dies Alles auch von derjenigen, welche als Geschäftsführerin eines Andern sich im Interesse dieser Geschäftsführung verpflichtet, z. B. gerade ein Darlehn nimmt, und steht dieselbe nicht demnach ganz außerhalb der Bestimmung des Senates?

Und sehen wir näher zu, so unterscheidet allerdings

3) L. 8. §. 5. D. h. t.: Plane in mulier intercessura debitorem suum delegaverit, SC. cessat, quia, etsi pecuniam numerasset, cessaret SC. Mulier enim per SC. relevatur, non quae diminuit, restituitur. L. 5. D., l. 4. q. c. h. t.

4) L. 22., 25. §. 1., 27. §. 2. D., l. 6. pr., 22. c. h. t.

auch sie sich noch wesentlich von der Bürgin und jener anderen Intercedentin. Denn während sie die übernommene Verbindlichkeit auch erfüllen will, und ihre Sicherung gegen Verlust in der Erhaltung des Gezahlten durch denjenigen, für den sie sich verpflichtet hat, sieht: verlassen jene sich darauf, daß es zur Zahlung gar nicht kommen, daß der eigentliche Schuldner zur rechten Zeit den Gläubiger befriedigen werde.

Wir werden also auch dieses Moment in die Regel des SC. mit aufzunehmen, und sie demnach dahin zu stellen haben, daß die Frau dann geschützt werde, wenn sie eine Verpflichtung in fremdem Interesse und in der Erwartung übernommen habe, daß nicht sie dasselbe werde zu erfüllen brauchen, sondern der eigentliche Schuldner sie erfüllen werde. Und zwar muß nothwendig auch dieses letztere „sondern" mit aufgenommen werden; es ist nicht die Erwartung der Frau im Allgemeinen, aus einer übernommenen Obligation nicht zahlen zu müssen, für genügend zu erachten, sondern gerade eine Erwartung auf den Grund des Vertrauens, daß der eigentliche Schuldner die Schuld tilgen werde, zu verlangen. Thäten wir das nicht, so werden wir dem ersten Erforderniß, welches in den Quellen an ein Rechtsgeschäft, das sich unter den Schutz des SC. flüchten will, gestellt wird, nicht Rechnung tragen, — dem Erforderniß, daß eine aliena obligatio übernommen sein müsse, d. h., nach der ausdrücklichen Erklärung der römischen Juristen, eine Obligation, in welcher ein Anderer als der Intercedent der eigentliche Schuldner ist.

II. Die Erwartung, selbst nicht zahlen zu müssen.

3) Von den Elementen dieser Regel erfordern vor Allem zwei eine nähere Betrachtung, die Fremdheit das Interesse, und die Erwartung, daß der eigentliche Schuldner die übernommene Obligation selbst tilgen werde.

Jenes Element ist auf Grund der Aussprüche der Quellen aufgenommen worden, daß die Frau die exceptio des

SC. nicht habe, wenn sie „suum negotium gessit“, „pro suo negotio, pro sua causa, in rem suam“ sich verpflichtet habe. Es wird aber näher zu untersuchen sein, ob diese Quellenzeugnisse in der That in diesem Sinne zu verstehen seien.

Indem ich das zweite Element in die Regel des SC. aufgenommen habe, bin ich aller bisherigen Theorie entgegengetreten. Es wird daher meine Aufgabe sein, diese Aufnahme näher, als bisher geschehen ist, zu rechtfertigen.

Ich bezeichne noch ein Mal kurz die Differenz, um welche es sich handelt. Die recipirte Theorie sagt: der Frau wird geholfen, wenn sie eine fremde Obligation übernimmt; oder: wenn sie eine fremde Obligation in der Erwartung übernimmt, daß der eigentliche Schuldner ihr das Gezahlte erstatten werde. Ich behaupte, daß ihr nur dann geholfen werde, wenn sie die fremde Obligation in der Erwartung übernimmt, gar nicht zahlen zu müssen.

Zum Beweise dieser Behauptung habe ich mich so eben darauf berufen, daß derjenigen, welche sich als Geschäftsführerin für einen Andern verpflichtet hat, der Schutz des Senates nicht gewährt werde. Ich habe das aber an einem Punkte meiner Darstellung gethan, wo ich das Erforderniß der aliena obligatio noch nicht in die Regel des SC. aufgenommen hatte. Hier könnte man mir erwidern, daß jene Frau nicht deswegen nicht geschützt werde, weil sie sich in der Absicht zu zahlen verpflichtet, sondern weil sie keine aliena obligatio übernommen habe. Darauf aber würde ich mit der Frage antworden, warum denn der Senat die Uebernahme einer aliena obligatio erfordert habe, aus welchem anderen Grunde, als deswegen, weil bei ihr gerade das Vertrauen, nicht zahlen zu müssen, besonders nahe liege.

Doch betrachten wir einen andern Fall, in welchem die Uebernahme einer fremden Obligation ohne Zweifel vorhanden ist, den Fall, wo die Frau sich für einen Andern zur Darlehnsschuldnerin macht, ihrerseits Geld borgt, um es einem Andern zu leihen, — „alii creditura“. Nehmen wir

an, sie thue das nicht in der Erwartung, daß Jener für sie zahlen werde, sie wolle vielmehr selbst ihren Gläubiger befriedigen und sich für das Gezahlte durch Geltendmachung ihrer Darlehnsforderung gegen den Schuldner Ersatz verschaffen. Untersuchen wir nun, ob ihr die exceptio des SC. zugewiesen sei oder nicht.

Hätte diese Frau das Geld, welches sie dem Anderen zum Darlehn gibt, aus ihrer Kasse genommen, so würde Niemand auf den Gedanken kommen, ihr zu helfen, etwa durch Gestattung einer Vindikation der noch im Besitze dieses Andern befindlichen Geldstücke, oder, wenn sie einem Dritten, vielleicht seinem Gläubiger, gezahlt hat, durch Gewährung eines Klagerechtes gegen diesen. Warum soll ihr aber eher geholfen werden, wenn sie das hingegebene Geld erst erborgt hat? In jenem Falle wird ihr deswegen nicht geholfen, weil der Senat annimmt, ehe sie zahle, werde sie bedenken, was sie thue. Läßt sich nun annehmen, daß sie sich eher zur Zahlung erborgten, als zur Zahlung eigenen Geldes verstehen werde? — Man wird antworten: allerdings; denn sie zahlt in diesem Falle eben fremdes, nicht eigenes Geld. — Aber doch Geld, welches sie erstatten muß, zu dessen Erstattung sie sich verpflichtet hat. — Die größere Bereitwilligkeit, in diesem Falle das Geld hinzugeben, könnte daher ihren Grund nur in der Gedankenlosigkeit haben, die da vergißt, daß übernommene Obligationen — ohne alle Bedingung und Voraussetzung, und ohne alle die entgegengesetzte Erwartung rechtfertigenden Verhältnisse übernommene Obligationen — ein Mal auch erfüllt werden müssen. Hätte der Senat aber bei den Frauen eine solche Gedankenlosigkeit vorausgesetzt, und sie gegen deren Folgen schützen wollen, so hätte er alle Obligationen überhaupt, auf jeden Fall die in fremdem Interesse übernommenen, für unverbindlich für sie erklären müssen. Da er das nicht gethan hat, dürfen wir auch jener, geborgtes Geld zum Darlehn gebenden, Frau den Schutz seiner Bestimmung nicht gewähren. Und wir dürfen daher nicht behaupten, daß schon

die Uebernahme einer Obligation in fremdem Interesse, in der Erwartung der Rückerstattung des Gezahlten, die Hülfe des SC. hervorrufe, wir müssen außerdem eben das verlangen, daß die Frau sich darauf verlassen habe, sie werde gar nicht zu zahlen haben.

Der Senat hat also die Frau nicht gegen die Täuschung in der Erwartung der Erstattung des Gezahlten, er hat sie gegen die Täuschung der Erwartung, nicht zahlen zu müssen, schützen wollen. In der That, hätte er jenes gewollt, warum hat ihr dann Hülfe gewährt, bevor jene Täuschung wirklich eingetreten, d. h. bevor es gewiß geworden ist, daß von demjenigen, für den er sie intercedirt hat, in der That Nichts zu erlangen ist? Da er sie schon gegen die Zahlung schützt, so muß er auch die Zahlung als das von ihr nicht Gewollte angesehen haben.

4) Ich wende mich zur Betrachtung der Quellenzeugnisse.

Hier nun ist vor Allem festzustellen, daß sich ein ausdrücklicher Widerspruch gegen den von mir behaupteten Satz in den Quellen nirgends findet, und daß keine Entscheidung derselben den Schutz des Senates der Frau in einem Falle gewährt, zu dessen Elementen die Absicht derselben, die übernommene Obligation auch selbst zu erfüllen, gezählt werden müßte. Natürlich darf man hierher nicht diejenigen Stellen rechnen, in welchen die Obligation einer Frau für unverbindlich erklärt wird, welche ein Darlehn genommen hat, „alii creditura", — „ut marito „crederet" [5]). Freilich Jeder, der ein Darlehn zum Besten eines Andern nimmt, nimmt dasselbe, wenn er ihm nicht schenken will, credendi animo, er will durch die Verwendung desselben sein Gläubiger werden. Aber daraus folgt noch gar nicht, daß er dieses sein Forderungsrecht auch als selbstständiges und von seiner Verpflichtung unabhängiges betrachtet wissen will; es ist vielmehr ebenso denkbar, daß er es dahin verstehe, daß sein Schuldner, zu dessen Besten er diese Verpflichtung über-

5) L. 11., 17. pr. D. h. t.

nommen hat, ihm bei Zeiten die Mittel zur Tilgung derselben einhändigen oder durch eigene Tilgung ihn von derselben befreien solle. Und daß die Frau, von welcher in den genannten Stellen die Rede ist, ihr Forderungsrecht eben in dieser Weise angesehen habe, haben die Verfasser derselben in derselben Weise als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, wie sie und andere Juristen auch in anderen Stellen es für überflüssig erachten, noch besonders hervorzuheben, daß die Frau, welcher sie die Hülfe des SC. gewähren, die fremde Obligation in der Erwartung übernommen habe, aus derselben nicht selbst zahlen zu müssen.

Man sage nicht, die Annahme einer solchen Voraussetzung sei eine unbefugte Hineintragung. Eine Hineintragung ist es allerdings, aber keine unbefugte. Die Befugniß, ja die Verpflichtung zu derselben liegt eben darin, daß ohne sie nicht abzusehen wäre, warum das SC. nicht auch auf viele andere Fälle erstreckt worden ist, für welche es in der That nicht gilt.

Ich glaube, daß die nähere Einsicht in dieses Verhältniß noch wesentlich durch eine eingehendere Betrachtung der l. 32. §. 2. D. h. t. in Verbindung mit l. 5. eod. gefördert werden wird.

In der ersten Stelle gibt Pomponius die exceptio des SC. der Frau, welche dem Gläubiger eines Andern eine ihr zugehörige Sache unter der Bedingung verkauft, daß er seine Forderung gegen diesen Andern gegen das zu zahlende Kaufgeld aufrechne. Denn, ist im Sinne des Pomponius hinzuzufügen, alienam obligationem suscepit [6]).

6) Es liegt der Gedanke nahe, Pomponius spreche von einer Frau, welche zur Erfüllung einer contra SC. übernommenen Obligation verkaufe. So mit den meisten Neueren Vangerow: Leitfaden III. 134. Früher war ich selbst dieser Meinung (ausgesprochen habe ich sie in meiner, im Jahre 1838 gedruckten, im Buchhandel nicht erschienenen, Inauguraldissertation). Aber in der Stelle liegt nicht die mindeste Andeutung davon. Sintenis (Zeitschr. für Civilr. u. Proz. X. 51.) findet eine solche in den Worten der als „möglich denkbaren„

In der l. 5. cit. dagegen spricht Gajus den Schutz des SC. derjenigen Frau ab, welche eine ihr zugehörige Sache verkauft, um mit dem gelösten Gelde den Gläubiger eines Andern zu befriedigen [7]). Nun liegt es auf der Hand, daß die Verschiedenheit dieser Entscheidungen nicht darin ihren Grund haben kann, daß die Frau ihre Sache zur Befriedigung des Gläubigers im ersten Fall an diesen selbst, im zweiten an einen Andern verkauft hat. Denn es läßt sich nicht absehen, warum sie zu einem Verkaufe an den Gläubiger selbst sich leichter verstehen sollte, als zu einem Verkaufe an einen Dritten. Auch führt Gajus in der citirten Stelle als weiteren Fall, in welchem das SC. nicht Platz greife, den an, wenn die Frau dem Gläubiger eines Andern ihre Sache in solutum gebe; die in solutum datio aber ist ja in der That ein Verkauf um den Betrag der Forderung. Daher kann der Grund der Verschiedenheit jener Entscheidungen nur darin gesucht werden, daß Gajus sich die Frau als Zug um Zug verkaufend, also als unmittelbar etwas von ihrem Vermögen hingebend, Pomponius dagegen als nur eine Obligation aus dem Kauf, eine actio emti, übernehmend gedacht habe. Aber auch hier wiederholt sich dieselbe Frage: wird denn die Frau eher geneigt sein, für einen Andern unmittelbar ihre Sache hinzugeben, als eine actio emti für ihn zu übernehmen? Wieder nur insofern, als man annehmen kann, daß sie bei dem Abschlusse des Kaufes nicht daran denken wird, daß auch eine Zeit kommen werde, wo er erfüllt werden muß; — und gegen eine solche Gedankenlosigkeit soll sie ja nicht geschützt werden. Und ist dieselbe nur denkbar, wo nach der Verabredung die verkaufte Sache in ganz kurzer Frist geliefert werden soll? Wie, wenn die Partheien über eine Lieferungsfrist von einer Stunde übereingekommen sind? Wo

Einrede. Aber diese Einrede wird in der Stelle nicht als möglich gedacht, sondern als unter den vorhandenen Verhältnissen wirklich („replicabitur").

7) Die gleiche Entscheidung in l. 4. c. h. t.

ist aber hier die Grenze? Ja kann, und muß nicht sogar, auch in dem Falle, wo der Kauf unmittelbar erfüllt wird, juristisch von der Leistung die Obligation, deren Erfüllung sie ist, unterschieden werden, so daß die Frau auch in diesem Falle als gegen das SC. handelnd, d. h. als eine gegen dasselbe übernommene Obligation erfüllend angesehen werden müßte? Daher ist Friede zwischen den Entscheidungen des Gajus und Pomponius nicht zu stiften, wenn man nicht annimmt, daß der Letztere ferner vorausgesetzt habe, die den Kauf abschließende Frau habe zwar die Absicht gehabt, zu verkaufen, nicht aber, den Verkauf zu erfüllen, sie habe erwartet, der Schuldner, zu dessen Gunsten sie verkauft hat, werde sie vor der Nothwendigkeit der Erfüllung schützen.

Wenn nun in dieser Weise in dieser und in anderen Stellen der Frau, auf Grund der Voraussetzung, sie habe sich darauf verlassen, die übernommene Obligation nicht selbst erfüllen zu müssen, die Hülfe des SC. zugesprochen wird, so wird in einer andern Stelle ihr dieselbe geradezu deswegen versagt, weil das Entgegengesetzte angenommen wird. Es ist dies die vielbesprochene l. 13. c. h. t.

Diocletianus et Maximianus AA. Condianae.

Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data est, sive tota quantitas foeneris, sive pars eius in usum mariti pro cessisse proponatur; decreto patrum non adiuvaris, licet creditor causam contractus non ignoraverit.

Man hat vielfache Wege eingeschlagen, um diese Stelle mit dem übrigen Quelleninhalt in Einklang zu bringen. Ein Schriftsteller[8]) hat vorgeschlagen, das „licet“ in „nisi“ zu verwandeln. Ein anderer[9]) hat einen nirgends begründeten und in der Stelle in keiner Weise angedeuteten Unterschied zwischen einer generalis und specialis scientia creditoris machen wollen; erst die letztere, nicht schon die

8) Fr. Hotmannus, Obs. VI. 2.

9) Ulr. Huber, Prael. iur. civ. ad h. t. §. 12.

erstere, wovon hier die Rede sei, breche der exceptio des SC. Bahn. Man hat sich ferner darauf berufen, daß die Frau selbst hier das Darlehn empfangen habe, nicht der Dritte [10]), — was aber auch der Begriff der Intercession keineswegs voraussetzt; oder darauf, daß sie das empfangene Geld in anderer Weise für ihn verwendet, nicht ihm zum Darlehn gegeben habe [11]), — was ebensowenig zur Intercession erforderlich ist [12]); oder endlich darauf, daß sie nicht vom Dritten zum Empfange des Darlehns interposita sei [13]), was ebenfalls als Voraussetzung der exceptio SC. nicht nachgewiesen werden kann. Eine fernere Meinung geht dahin, die Stelle handle von einer Frau, welche das Geld donandi animo für den Mann verwende [14]). Ich selbst habe mich früher zu dieser Meinung bekannt [15]); aber ich glaube jetzt dieses Nothbehelfes entrathen zu können. Denn ein Nothbehelf bleibt diese Erklärung doch immer, da vom donandi animus, der sich doch nirgends von selbst versteht, in der Stelle auch nicht die leiseste Andeutung enthalten ist. Ich bleibe jetzt einfach dabei stehen, daß die Stelle sagt, die Frau habe ein Darlehn genommen, um es für einen Andern zu verwenden, nicht aber, daß sie es in der Erwartung genommen habe, dieser Andere werde es zurückzahlen; und darauf, daß dieses nicht der Fall ist, gründet sich ihre Entscheidung. — Man sieht übrigens leicht, daß die Meinung, welche unterscheiden will, ob die Frau von dem Dritten zum Empfange des Darlehns interponirt sei

10) Duarenus, Comm. in h. t. c. 2.

11) Bachofen, ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts. Nr. I. S. 18.

12) L. 28. §. 1. D. h. t.

13) Cuiacius. tr. IV. ad Africanum ad l. 17. pr. h. t. Was Sintenis (Zeitschr. X. 60. 61, gemeines Civilrecht II. 828) beibringt, scheint auf dasselbe hinauszukommen.

14) Vangerow, Leitfaden. III. 154.

15) In der genannten Dissertation.

oder nicht[16]), ein wahres Element allerdings in sich trägt. Denn ist die Frau interponirt, so wird ganz gewiß als der eigentliche Schuldner von ihr der Dritte angesehen, und sie hat nicht die Absicht zu zahlen. Nur ist nicht auch der umgekehrte Satz richtig, daß sie ein Darlehn ohne diese Absicht nicht nehmen könne, wenn sie nicht von demjenigen, für den sie es nimmt, interponirt sei. Man nehme an, die Frau erfahre davon, daß ein Freund sich vergeblich bemühe, ein Darlehn zu erhalten; sie, die keinen Zweifel in seine Zahlungsfähigkeit setzen zu dürfen glaubt, borgt Geld auf ihren Namen, bringt es ihm, und macht mit ihm aus, daß er es zur rechten Zeit ihrem Gläubiger erstatten solle. Sie ist nicht interposita, und doch sind alle Voraussetzungen des SC. vorhanden.

5) Wenn die Absicht der Frau, die übernommene Obligation selbst zu tilgen, ihr die Hülfe des SC. entzieht, so muß sie gewiß dann haften, wenn sie das aus derselben Geleistete gar nicht zurückfordern will. Nicht zwar deswegen, weil sie nicht zurückfordern will, sondern weil diejenige, welche das Gezahlte nicht zurückfordern will, gewiß den Willen hat, zu zahlen. Jedoch können die Quellenzeugnisse, welche für diese Fälle der Verhaftung beigebracht werden können, als Beweise für den hier behaupteten Satz nicht gelten, weil an und für sich die Möglichkeit nicht bestritten werden kann, daß in ihnen die Entscheidung darauf gegründet werde, daß die Frau nicht die Absicht habe, zurückzufordern. Indem daher hier auf dieselben näher eingegangen wird, geschieht das nur in dem Sinne, um den Umfang unseres — nun als bewiesen betrachteten — Satzes aufzuzeigen.

Die Rückforderungsabsicht kann zunächst ausgeschlossen sein durch den donandi animus. Daß die donandi animo intercedirende Frau des Schutzes des SC. in der That ent-

16) Ohne Beziehung auf die behandelte Stelle wird sie auch von andern Schriftstellern vielfach ausgesprochen.

lehre, ist neuerdings wieder[17]) von Bachofen[18]) bestritten worden. Bei seiner Ansicht über das Prinzip des SC.[19]) mußte er diesen Widerspruch erheben, und so ist derselbe beseitigt, wenn das hier vertheidigte Prinzip das richtige ist. Darin freilich hat er Recht, daß nicht der mangelnde Regreß es sein kann, was in diesem Falle der Frau die Hülfe des SC. entzieht, und ich kann daher Vangerow nicht beistimmen, wenn er den Grund der Verhaftung der donandi animo intercedirenden Frau darin sieht, daß „sie auf jede Entschädigungsklage gegen den Hauptschuldner verzichtet habe“[20]). Da die Hülfe des Senates nicht gegen die Erfolglosigkeit der Regreßklage gerichtet ist, so kann der Verzicht auf dieselbe seine Hülfe auch nicht ausschließen. Aber wohl dasjenige, was dieser Verzicht nothwendig voraussetzt, nämlich die Absicht, die übernommene Obligation auch selbst zu erfüllen. — Man berufe sich auch nicht darauf, daß die auf ihre Regreßklage verzichtende Frau doch möglicherweise sich auch darauf verlassen könne, daß sie nicht werde zu zahlen haben. Denn, wenn auch das der Fall ist, so ist sie doch eventuell wenigstens auf Zahlung gefaßt, und der darauf gefaßten Frau hilft der Senat eben nicht.

Was die Aussprüche der Quellen angeht, so lege ich auf l. 21. §. 1. D. h. t. geringeres Gewicht, weil der in ihr gebrauchte Ausdruck „aliquid liberaliter facere“ zu unbestimmt ist, als daß ich eine unbedingte Nöthigung, ihn auf eine Verpflichtung zu beziehen, behaupten möchte; obgleich allerdings, da im pr. der Stelle von einer intercedirenden, aber dennoch haftenden Frau die Rede ist,

17) Ueber die frühere Zeit siehe Vangerow III. 153, wo jedoch Sintenis (Zeitschr. X. 59) zu den die Verhaftung behauptenden Stimmen hinzuzufügen gewesen wäre.

18) A. a. O. S. 18.

19) S. unten Nr. V.

20) A. a. O. S. 152.

am nächsten die Annahme liegt, daß der Jurist auch im Verlaufe seiner Rede eine intercedirende, d. h. sich verpflichtende Frau im Auge behalten habe. Dagegen wird man nimmer leugnen können, daß der Grund, warum der in l. 4. §. 1. D. h. t. genannten Frau die Hülfe des SC. abgesprochen wird, ihr donandi animus ist. „Senatus enim oblgatae mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo, quia facilius SC. mulier obligat, quam alicui donat". Allerdings denkt sich der Jurist unter dem donare ein numerare donandi animo; aber das Gewicht seiner Entscheidung legt er doch nicht auf das numerare, sondern auf den donandi animus; wie er denn im Vorhergehenden ausdrücklich von einer Frau spricht, die donatura numerat. Daher versteht er unter dem SC. obligare ein SC. obligare non donandi animo, und wenn er derjenigen, welche Geld borgt, um es einem Andern zu schenken, die Hülfe des SC. versagt, so thut er das nicht, weil sie diesem das Geld gezahlt hat — was ja auch keinen Sinn hätte — sondern weil sie es ihm geschenkt hat[21]) [22]).

6) Die Absicht der Frau, das Gezahlte zurückzufordern, ist ferner dann ausgeschlossen — und dadurch eben ihre Absicht zu zahlen außer Zweifel gestellt — wenn sie die

21) Bachofen hilft sich gegen diese Stelle wie gegen l. 13. c. h. t., ja will dasselbe Hülfsmittel auch bei l. 21. §. 1. h. t. anwenden, obgleich diese Stelle davon am Wenigsten eine Andeutung enthält, daß die Frau ihrem Vater durch erborgtes Geld beigesprungen sei.

22) Ganz ohne Gewicht bei der Entscheidung unserer Frage ist doch auch wohl l. 21. c. de don. 1. v. e. u. nicht. „Si propriis habitis contractibus, quam acceperas mutuam pecuniam, pro marito donationis causa erogasti, cum haec ad dignitatem profuerit, nec locuptetior sit factus, intelligis tibi nullum contra eum competere actionem." Hätten die Kaiser (Diocl. und Maxim.) die Verpflichtung der Frau aus dem Darlehn für nicht zu Recht bestehend gehalten, so hätte es wenigstens sehr nahe gelegen, sie in derselben Weise, wie das in so vielen anderen Reskripten geschieht, darauf aufmerksam zu machen, daß ihr, wenn auch nicht auf dem von ihr beabsichtigten Wege, doch auf einem anderen geholfen werden könne.

übernommene Obligation als Aequivalent für einen erlangten oder zu erlangenden Vermögensvortheil betrachtet. Daher wird der Schutz des SC. derjenigen Frau nicht gewährt, welche sich durch ihre Intercession von der Verpflichtung zur Intercession befreit[23]), oder von einer andern Verpflichtung[24]), oder welche dadurch erlangt, daß sie nicht verpflichtet werde[25]), oder welche um einer Gegenleistung willen intercedirt[26]). In diese Klasse von Fällen gehört auch der so eben betrachtete, wo die Frau das für einen Andern geborgte Geld demselben in der Weise zum Darlehn gibt, daß sie Tilgung ihrer Verpflichtung durch denselben nicht erwartet; sie betrachtet hier das gegen ihn erlangte Forderungsrecht als Aequivalent der für ihn übernommenen Verpflichtung.

7) Wenn aber gesagt worden ist, daß die Absicht der Frau, die übernommene Obligation auch zu erfüllen, dann unzweifelhaft vorhanden sei, wenn sie das Gezahlte nicht zurückfordern will, so darf doch dieser Satz nicht dahin erstreckt werden, daß jene Absicht einzig in diesem Falle angenommen werden dürfe. Es ist vielmehr sehr wohl denkbar, daß die Frau zugleich die Absicht, die übernommene fremde Obligation selbst zu erfüllen und das Gezahlte zurückzufordern, habe.

Es ist dies z. B. der Fall, wenn sie für Jemanden, dessen Geschäft sie führt, expromittirt. Es ist in diesem Falle nicht ihre Meinung, bloß verpflichtet zu sein, sie will auch zahlen, aber sie will das Gezahlte bei der Rechnungslage in Anrechnung bringen.

Man sieht leicht, welches der theoretische Unterschied — ein praktischer ist allerdings nicht vorhanden — zwischen diesem Falle und dem in der vorigen Nummer zuletzt be-

---

23) L. 22. D, h. t.

24) L. 24. pr. D., l. 2. C. h. t. Vergl. l. 6. pr. C. cod., und darüber noch Note 30.

25) L. 3. 13. pr. D. h. t.

26) L. 27. §. 2. D. h. t.

zeichneten ist. In demselben will die Frau nicht Ersatz des ihrem Gläubiger Gezahlten verlangen, sondern Erfüllung des durch die Intercession erworbenen, von ihrer Verpflichtung aber unabhängigen Forderungsrechtes; hier will sie in der That verlangen, daß ihr das Gezahlte erstattet, die von ihr gemachte Vermögensaufopferung wieder aufgehoben werde.

Ferner gehört hierher der Fall, wo die Frau sich für ihre Intercession bezahlen läßt. Der Schuldner geht die Frau um Bürgschaft an; sie verweigert dieselbe, weil sie voraussieht, daß es durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners dahin kommen könne, daß sie selbst zahlen müsse. Der Schuldner, der die Möglichkeit davon nicht leugnen kann, bietet ihr für dasjenige, was er von ihr verlangt, einen Preis; dadurch bewogen, wird sie nun Bürgin. Diese Frau schließt offenbar ein gewagtes Geschäft ab. Sie übernimmt eine Leistung, welche größer ist, als die Gegenleistung, welche sie empfängt[27]), in der Hoffnung, daß es zur Leistung gar nicht kommen und daß sie dann die ihr gemachte Gegenleistung ohne Aufopferung heben werde. In der Hoffnung, sage ich, daß es zur Leistung nicht kommen werde, — aber daß sie sich darauf verlassen habe, daß sie auch eventuell die Leistung nicht habe machen wollen, kann sie nicht behaupten, da sie ja für den möglichen Eintritt dieser Eventualität, für den möglichen Fall, daß ihre Hoffnung getäuscht werden sollte, Etwas empfangen hat. Sie hat also auf die Hülfe des SC. keinen Anspruch. Von der andern Seite aber ist sie auch nur für die übernommene Gefahr des Leistenmüssens, nicht für die Leistung selbst bezahlt worden, und es bleibt ihr daher das Recht, Ersatz für die gemachte Leistung zu verlangen, unbenommen.

Da in dieser Weise der Satz, daß die für ihre Intercession bezahlte Frau hafte, auf dem Prinzip des SC. beruht, kann er bei den klassischen Juristen nicht anerkannt

27) Ist dieselbe nicht größer, so haftet die Frau deswegen, quia non sit pauperior.

gewesen sein. Auch hat Justinian in l. 22. C. h. t. ihn nicht nur einführen, sondern nur von Distinktionen, mit welchen ihn die ältere Jurisprudenz umgeben hatte, reinigen wollen. Nach Bachofen's [28]) wahrscheinlicher Vermuthung bezogen sich dieselben auf den Fall der Simulation eines für die Intercession bezahlten Preises. Man sieht übrigens leicht, daß man daran nie hätte zweifeln sollen, daß das aliquid der Konstitution in striktem Sinne zu verstehen sei.

8) Ehe ich die Betrachtung des hier vertheidigten Satzes schließe, will ich noch einige Bemerkungen hinzufügen.

Zuerst die fast überflüssige, daß man gegen denselben nicht geltend machen dürfe, daß die Erwartung der Frau, aus der übernommenen Obligation nicht zahlen zu müssen, wohl bei der Bürgschaft und überhaupt der kumulativen Intercession, nicht aber bei der Expromission und überhaupt, wo die Frau als einzige Schuldnerin dastehe, denkbar sei. Von dem Falle, wo die Frau für einen Andern Darlehnsschuldnerin wird, ist im Verlaufe dieser Darstellung bereits geredet worden, und mit der Expromission verhält es sich nicht anders. Der Gläubiger drängt, der Schuldner hat kein Geld zur Hand, wenn aber die Frau als Schuldnerin eintritt, will der Gläubiger zufrieden sein; die Frau verläßt sich darauf, der Schuldner werde die Mittel haben, um zur rechten Zeit die Schuld zu tilgen oder sie in anderer Weise davon zu befreien; in diesem Vertrauen intercedirt sie, — das ist der Fall, in welchem einer Expromittentin geholfen wird.

Man sage ferner nicht — worauf sich bei einer anderen Frage Bachofen berufen hat [29]) — daß es nicht erlaubt sei, die der Frau zu gewährende Hülfe von einer

28) A. a. O. S. 55.

29) Bei der Frage, ob schon der bloße Entschluß der Frau bei der Intercession, das SC. hinterher anzurufen, ihr die Hülfe desselben nehme. A. a. O. S. 42.

Absicht, einem Seelenzustande, einem rein Innerlichen, das sich allem Beweise entziehe, abhängig zu machen. Ich sehe nicht ein, warum es nicht ebenso erlaubt sein soll, die Hülfe des SC. von der Erwartung, nicht zahlen zu müssen, abhängig zu machen, als der Eigenthumserwerb durch fortgesetzten Besitz von der Ueberzeugung, durch Erlangung des Besitzes auch Eigenthümer geworden zu sein, in der That abhängig gemacht worden ist. Allerdings wird weder von jener Erwartung, noch von dieser Ueberzeugung unmittelbar bewiesen werden können, daß sie vorhanden sei oder nicht; aber das schadet auch nicht, es können doch thatsächliche Umstände nachgewiesen werden, aus denen sich ihr Vorhandensein oder Nichtvorhandensein mit einem hinreichenden Grade von Gewißheit ergibt. So soll die bona fides als gewiß angenommen werden, wenn der iustus titulus nachgewiesen ist. — Nur muß hierbei noch die Frage aufgeworfen werden, ob die Frau für verpflichtet erachtet werden soll, solche Umstände nachzuweisen, aus denen das Vorhandensein jener Erwartung hervorgeht, oder der Gegner, derartige darzuthun, aus denen sich ihr Nichtvorhandensein ergibt. Bleibt man dabei stehen, daß diese Erwartung zu den Voraussetzungen des SC. gehört, so wird man nur das Erstere behaupten können. Bedenkt man aber, daß es nicht wahrscheinlich ist, daß der Senat der Frau den Zugang zu der ihnen gewährten Hülfe durch einen nach Umständen immer schwierigen Beweis habe erschweren wollen, bedenkt man namentlich, daß auch bei der condictio indebiti der Frau der ihr eigentlich obliegende Beweis des indebitum deswegen erlassen wird, weil man sich der Zahlung eines Indebitum zu ihr wohl versehen könne — ein Grund, welcher vollkommen hierher paßt — so wird man gewiß der Ansicht sein, daß es dem Geiste des römischen Rechtes viel angemessener ist, der Frau die Hülfe des SC., wo nur sonst seine Voraussetzungen vorhanden sind, ohne Weiteres zu gewähren, wenn nicht der Gläubiger Umstände nachweisen kann, aus denen hervorgeht, daß sie bei der Uebernahme

der fremden Obligation die Erwartung, selbst nicht zahlen zu müssen, nicht gehabt habe.

Zuletzt will ich noch darauf aufmerksam machen, daß der Satz, welchen ich hier vertheidige, auch zu einer Schlichtung des alten Streites über die Giltigkeit eines Verzichtes auf die Wohlthat des SC. unmittelbar führt. Es ist von der einen Seite die Giltigkeit, und von der anderen Seite die Ungiltigkeit des Verzichtes mit so vieler Hartnäckigkeit behauptet, und es ist eine Einigung der Meinungen über diesen Punkt bisher so wenig erzielt worden, daß es schon von vorne herein sehr wahrscheinlich ist, daß jede der entgegenstehenden Ansichten ein wahres Element in sich berge. Und so ist es auch in der That. Hat der Verzicht der Frau den Sinn, daß sie nicht bloß sich zu obligiren, sondern auch zu zahlen entschlossen sei — also den Sinn einer Erklärung, daß ein von dem SC. berührter Fall hier nicht vorliege — so nimmt er ihr ohne Zweifel die Hülfe desselben. Geschieht er aber in diesem Sinne nicht, verzichtet die zur Zahlung nicht entschlossene Frau auf die Wohlthat des SC. deswegen, weil sie dieselbe, in der Ueberzeugung, daß sie zur Zahlung nicht werde genöthigt werden, für überflüssig hält, so ist er offenbar ebensowenig verbindlich, als die Uebernahme der Zahlung selbst.

(Schluß im nächsten Heft.)